

Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio?

*Maximiliano Rusconi**

Resumen

El trabajo pretende poner en crisis el instituto del arrepentido como herramienta posible de la lucha contra la criminalidad en el Estado de Derecho. Las críticas nacen en la consideración de las reglas de valoración probatoria, la estructura ética que sostiene la figura y las dudosas consecuencias político-criminales del uso indiscriminado de este tipo de caminos procesales.

Palabras clave: arrepentido, inquisición, verdad, delincuencia organizada, prisión preventiva.

* Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Profesor visitante (2012/2013) de la Universidad Autónoma de Madrid. Exfiscal general de la Procuración General de la Nación. Exsubdirector del Departamento de Derecho Penal (UBA). Miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Exmiembro de la Misión de las Naciones Unidas para la protección de los DDHH (MINUGUA). Miembro fundador e investigador permanente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de la República Argentina. Codirector del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de la Provincia de Neuquén. Miembro del Consejo Académico del Boletín del Grupo Latinoamericano de Investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August Universität Göttingen, bajo la Dirección del Prof. Dr. Kai Ambos. Director académico del campus virtual de la Asociación Pensamiento Penal, exsubdirector del Departamento de Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; marusconi@gmail.com.

Witness Crown and Criminal Justice: New Ways to Fight Organized Criminality or the Inquisition of the new Millennium?

Abstract

This paper intends to put in question the Institute of Witness Crown as a possible tool of fight criminality in the rule of law. The objections arise from the consideration of rules as probation, the ethical structure that holds the figure and the dubious criminal political consequences of the indiscriminate use of this type of procedural paths.

Keywords: Witness Crown, Inquisition, Truth, Organized Crime, Preventive Prison.

I. El entorno político-criminal

Las preocupaciones universales por la eficacia de la prevención y de la sanción posfacto de los ilícitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio del poder que no son nuevas, son posiblemente muy desiguales y pertenecen a las políticas públicas cuya corrección se ha transformado es un axioma ético que habla de todos nosotros por sí mismo y de modo absoluto.¹

En las últimas épocas se vive, por lo menos en nuestra cultura occidental, cierta voracidad que hace que todo aquello que pueda verse como una contribución a la profundización de lo “políticamente correcto” automáticamente es colocado como algo virtuoso, que debe ser asumido como un instrumento indispensable y que, teniendo en cuenta los objetivos de primer orden político-criminal, se encuentra blindado de cualquier objeción “menor”, aunque esta tenga serias raíces constitucionales.

1. Ver Ramon Ragués i Vallès, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, www.indret.com.es, Nro. 364, Barcelona, julio de 2006.

Como primera medida, y ya para ingresar en el ámbito concreto de las luces y sombras de los caminos político-criminales que usualmente se proponen –tal como la llamada lucha contra la corrupción–, conviene describir el contexto en el cual surgen en el mundo contemporáneo figuras como la del “arrepentido”, dentro del complejo escenario del llamado “derecho penal premial”, y que parece ejercer tanta seducción en las irrupciones turísticas que cada tanto desarrollan sobre el derecho penal tanto la clase política como los medios de comunicación.

En el derecho anglosajón la tendencia tiene éxito y nombre: *Crown witness* (testigo de la corona). En Alemania, la figura es conocida como *Kronzeugenregelungen*.²

II. ¿Negociar la pena como base para buscar la verdad?

Debemos comenzar con escepticismo: la idea de negociar con uno de los autores del hecho y pagar en moneda de impunidad la información que pudiera tener sobre otros responsables –hay que decirlo– es una derivación directa de la crisis por la cual atraviesa la justicia penal de todo el mundo en relación con una de sus funciones básicas: la reconstrucción, lo más fiel posible, del hecho histórico.

Más allá de las críticas usuales al llamado modelo inquisitivo, los modelos posteriores al abandono del *Ancien régime* nunca renunciaron a una de las razones de la existencia del inquisidor: la búsqueda de la verdad. La búsqueda de la verdad, histórica, formal, material, etc., con los aditamentos conceptuales que uno quiera adjudicarle, siempre ha sido un eje de legitimación de la labor judicial del mayor nivel: hasta el punto de que en ámbitos absolutamente trascendentes, como es el de la investigación de delitos de lesa humanidad, cuando la función punitiva *stricto sensu* estaba cuestionada o limitada, se pretendió que la justicia penal siguiese con su función para garantizar que aunque sea el logro de la verdad no se desvaneciera, dando lugar a los famosos “juicios de la verdad”.

2. Ver Isabel Sánchez García de Paz, “El computado que colabora con la justicia penal: Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05:3, (2005). RECPC 07-05 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> .

III. Verdad y relato

Sin embargo, hay un problema: ni los sistemas de enjuiciamiento de todo el mundo ni los operadores tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, ni tampoco los modelos de organización judicial imperantes, están preparados para ese camino de reconstrucción histórica sobre el hecho. Ni los fiscales han recibido nunca formación para la investigación de un hecho histórico ni esa función parece haber sido determinante al montar las actuales megaestructuras organizativas que parecen homenajear en forma permanente y casi religiosa a la burocracia. Yendo un poco más atrás en el tiempo, tampoco los abogados han sido formados para la investigación. De hecho, un sociólogo, un filósofo, un antropólogo, un historiador, seguramente cuentan con mayores herramientas para esa tarea.

Es por esta razón que el relato del hecho, por los protagonistas o por los observadores, cobra en la cultura inquisitiva y posinquisitiva un papel tan importante y legitimador. El inquisidor, que no sabe investigar, necesita del relato como el agua.

A este cuadro le debería haber seguido un desarrollo exhaustivo de estrategias investigativas novedosas, un cambio de paradigma en materia orgánica, sistemas novedosos de búsqueda de la información, nuevas materias y modelos de capacitación, etc. Las consecuencias de este cóctel han sido nefastas: lesión del *in dubio pro reo*, la pena como materia de negocio entre el imputado y el fiscal, desarrollo de conceptos vagos para que nada quede afuera de la imputación, etc.

Los medios de comunicación potencian la necesidad de eficiencia en la investigación de los delitos que tienen gran impacto económico, aquellos ilícitos que ponen en tela de juicio la integridad ética de los funcionarios públicos, esos que expresan redes operativas permanentes de actuación transnacional, de enorme gravedad en la lesión de los bienes jurídicos protegidos. Es decir, en el tipo de conductas que se engloban en la a veces mal llamada “delincuencia organizada”.

Justamente en aquellos casos en los cuales la comunidad desarrolla una fuerte expectativa sobre la reconstrucción de la verdad histórica del suceso, sobre la ansiada reparación del daño social o personal o, en última instancia, sobre la misma sanción punitiva de los responsables, es cuando, increíblemente, el sistema penal muestra la peor de las imágenes de la ineficiencia: un aparato burocrático enormemente violento, con reducida creatividad y con una fuerte incapacidad para lograr su cometido esencial.

Aquello que venimos describiendo explica que, desde las iniciativas de los máximos niveles de los organismos internacionales, se haya popularizado un conjunto de herramientas conceptuales, algunas con mayor impacto en el derecho penal sustantivo, otras, en cambio, de claras consecuencias procesales, que se presentan como la solución a estos problemas de ineficacia.

IV. El arrepentido en el sistema penal argentino

La figura del arrepentido ha sido el centro de estas tendencias. Sin embargo, debemos realizar algunas consideraciones críticas o, como mínimo, apreciaciones esenciales a efectos de emitir una opinión global sobre el instituto y acerca de cómo es aplicado.

Como es ya sabido, la Ley 27.304 ha establecido en el artículo 41 ter. del Código Penal que las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por alguno de los delitos detallados en la propia ley, cuando, durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. La propuesta se refiere –en principio, de modo muy polémico– a algunos delitos establecidos en la Ley 23.737, llamada “de estupefacientes”, delitos previstos en el Código Aduanero; todos los casos del artículo 41 quinquies del Código Penal; también los supuestos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128; en los artículos 142 bis, 142 ter y 170, en los artículos 145 bis y 145 ter, en los artículos 210 y 210 bis, en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, y en el título XIII, del libro segundo, todos del Código Penal.

La primera consideración debe subrayar la valoración contradictoria que expresa la ley. Para decirlo de modo sencillo: no se entiende la razón por la cual si el instituto del arrepentido es considerado virtuoso, útil, eficaz, solo se lo circunscribe a derramar sus beneficios a un conjunto acotado de ilícitos y sus investigaciones.³

3. Tomo este argumento de Marcelo Sancinetti, “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y “Extinción de Dominio”. Dicho dictamen puede verse en www.pensamientopenal.com; ver también: Sancinetti, M. Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?) - Ponencia ante el Senado de la Nación, publ. en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*

En ello hay mala consciencia.

La ley establece además que, a efectos de que proceda en el caso su aplicación, es requisito que la información brindada sea útil para evitar o impedir el comienzo, la permanencia o la consumación de un delito; para esclarecer el objeto de investigación; revelar la identidad o el paradero de los responsables; ofrecer datos que permitan un avance de la investigación; ubicar a las víctimas privadas de su libertad; el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Ya desde la redacción la ley es altamente deficiente, reiterativa, confusa, extremadamente detallista en algunos extremos y deficientemente reglamentarista en otros sectores donde hubiera sido indispensable un camino de aplicabilidad mejor iluminado.

La ley incorpora el artículo 276 bis en el Código Penal que establece: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”.

V. Una valoración crítica del instituto: el valor de la información aportada por el colaborador

En este texto no podemos ocuparnos de todos los problemas de esta ley. Sin embargo, en primer lugar hay que hacer una contextualización del valor probatorio del auxilio informativo del arrepentido: quien crea que su aporte en algún caso va a transformarse en esencial por el propio imperio del camino que sugiera en términos investigativos comete un gran error y deberá explicar las razones por las cuales los dichos de un coimputado que negocia su pena o, peor, su medida de coerción pueden transformarse por arte de magia en la prueba esencial.

Como sabemos, las declaraciones en el ámbito del proceso penal tienen diferente nivel de impacto probatorio: sin duda, en primer lugar, se encuentra el testigo que declara bajo juramento.

Penal, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).

En un segundo lugar, en la historia del proceso penal, siempre se ha caracterizado la declaración del imputado como un aporte de menor rigor probatorio, entre otras razones porque el imputado no declara bajo juramento, su aporte viene dominado por el derecho a la defensa material, él puede desarrollar una estrategia de defensa con su declaración; en definitiva, puede mentir y eso a nuestro modelo procesal influido por el mundo europeo continental no le genera ningún perjuicio. En términos de reglas de valoración procesal, si uno siguiera ciertas reglas de sentido común, habría que admitir que la declaración del arrepentido debería valer menos que la de su género: los coimputados. La razón es simple: el arrepentido es un imputado que, incluso, se encuentra negociando su pena con el Ministerio Público, lo que lo coloca como un auxiliar de este organismo que, actúa coaccionado por el rigor punitivo o procesal. ¿De qué modo esta información tendría valor probatorio relevante?

Será difícil que, ante la seducción que generan estos mecanismos, el fiscal y el juez recuerden que los aportes probatorios del arrepentido deben ponerse en contexto con el resto de las probanzas, que no debe ser la única línea probatoria y que se les debe dar –ni más ni menos– el valor de una declaración de un coimputado. La mención del primer párrafo del art. 15 está orientada en ese sentido pero es insuficiente.

La ley tiene otro problema, a mi juicio, grave: si para un jurista formado en el Estado de derecho es difícil pensar que la pena pueda ser materia de una negociación, mucho peor es que lo que se negocie sea una medida cautelar, como, por ejemplo, la prisión preventiva. Si ya hasta hoy había suficientes sospechas de que esa herramienta procesal normalmente cuestionada formaba parte, en ocasiones, de uno de los mecanismos extorsivos más inaceptables, la ley instala esa confirmación con convicción digna de mejores causas. Si la prisión preventiva puede cesar porque el fiscal festeja el aporte informativo del imputado, nada asegura que ahora el sistema estatal de persecución penal no busque denodadamente una generosa un reparto desordenado de encarcelamientos preventivos para aumentar el *stock* de su moneda de negociación y, así, aumentar el *stock* de sujetos pasivos del mecanismo extorsivo.⁴ Genera

4. En el caso *Labita contra Italia*, de abril del 2000, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, siguiendo la línea de lo afirmado en la Sentencia n° 38 (1998: caso *Contrada contra Italia*), y sin perjuicio de aseverar que este instrumento ha sido de relevancia en la lucha de Italia contra las mafias, dice que el uso de las declaraciones de los llamados “arrepentidos” plantea algunos problemas debido a que dichas

cierta nostalgia pensar que en algún momento, en las clases de la facultad, enseñábamos que la prisión preventiva solo puede justificarse ante el peligro de fuga del imputado. La prisión preventiva es, en el mejor de los casos, una medida cuya legitimidad no es clara, es absolutamente excepcional y no debe ser nunca materia de negociación.

VI. Otros problemas

Las críticas pueden multiplicarse. Se trata de un instrumento que lejos de contribuir a una justicia penal más digna se transformará en la quintaesencia de la crisis del Estado de derecho. Con reflejos políticamente correctos, se deja al proceso penal en casos trascendentes en la esfera pública desde el cual se invita a los manipuleos más crueles. Ni Torquemada se atrevió a tanto. Tomamos lo peor de la Inquisición y lo combinamos en un *blend* trágico con lo peor de los modelos anglosajones.

No podemos olvidar adicionalmente que el camino que proponga el imputado colaborador puede dejar a un porcentaje de las víctimas sin representación procesal.

VII. Algunas apostillas sobre la actualidad

Nuestro país atraviesa un momento particular en el cual el sistema de justicia parece confiar en exceso en las bondades de este tipo de institutos

declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o incluso de constituir venganzas personales. Yo podría agregar aquí: también políticas. Según el TEDH no debe olvidarse la naturaleza ambigua de tales declaraciones y la posibilidad de que una persona sea imputada y privada de su libertad con base en afirmaciones no contrastadas y no siempre desinteresadas. Por ello concluye: las declaraciones de los “arrepentidos” deben ser corroboradas por otros elementos de prueba; además, los testimonios indirectos deben ser confirmados por hechos objetivos. Una evaluación temprana en Ferracuti, F. “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, Homenaje al prof. L. Jiménez de Asúa, 1986, pp. 303 y ss.

(sobre todo ante las incapacidades investigativas de las últimas décadas). Hay quien cree que la mencionada ley del arrepentido es la clave del éxito. Frente a esta idea, y más allá de mi opinión sobre el instituto, hay que recordar que la ley aquí analizada fue sancionada hacia fines del año 2016 y se trata de modo indudable de una ley sustantiva. Ello hace que la información referida a hechos anteriores a su sanción no pueda ser valorada en contra del imputado perjudicado, por más vehemencia que muestre el coimputado colaborador. Se trata, ni más ni menos, del principio de irretroactividad de la ley penal.

VIII. Conclusión

Por todo lo expuesto, como muchas veces sucede, el mejor camino es el más largo y menos espectacular. Se trata de trabajar en las reformas procesales en materia penal de mayor globalidad, es decir, trabajar el sistema orgánico judicial y del ministerio público así como también en la capacitación de los operadores que se dedican a la investigación. Investigar un hecho es mucho más que el relato de un sujeto que es todo menos creíble.

Bibliografía

- Ferracuti, F., “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 11, Homenaje al prof. L. Jiménez de Asúa, 1986, pp. 303 ss.
- Sánchez García de Paz, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal: con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05:3, (2005). RECPC 07-05 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.
- Sancinetti, Marcelo, “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de *Arrepentido* y *Extinción de Dominio*”. Dicho dictamen puede verse en www.pensamientopenal.com.
- “Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al *testigo de la corona* (¿arrepentido?)”, Ponencia ante el Senado

de la Nación, publ. en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).
Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso “Labita contra Italia”, 2000.
Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso “Contrada contra Italia”, 1998.